

Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht

Citation for published version (APA):

de Groot, G. R. (2001). Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht. *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 617-627.

Document status and date:

Published: 01/01/2001

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Auf dem Wege zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht

von Gerard-René de Groot, Maastricht

In den letzten Jahren hat eine intensive Diskussion über eine mögliche Europäisierung des Zivilrechts stattgefunden¹. Wir können feststellen, dass europäisches Gemeinschaftsrecht zunehmend traditionelle Gebiete des Zivilrechts wie das Gesellschaftsrecht und das Schuldrecht, aber auch das Sachenrecht beeinflusst². Immer häufiger wird auch die Frage gestellt, ob man nicht versuchen sollte, ein europäisches Zivilgesetzbuch einzuführen³. Es wird dabei u. a. darauf hingewiesen, dass die einzelnen, rechtssystematisch nicht koordinierten Rechtsakte der Europäischen Union auf dem Gebiete des Zivilrechts die Struktur der nationalen Zivilgesetzbücher in den Mitgliedstaaten der Union allmählich zerstöre⁴.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist auch, dass das Europäische Parlament zweimal in einer Resolution dazu aufgerufen hat, mit den Vorarbeiten für ein europäisches Zivilgesetzbuch zu beginnen^{5, 6}. Die Reaktionen in der juristischen Literatur auf diese Resolution des Parlaments waren allerdings

¹ Siehe z.B. *Arthur S. Hartkamp/Martijn Hesselink* u.a. (Hg.), *Towards a European Civil Code*, 2. Auflage, Dordrecht/Nijmegen, 1998; *Jan Smits*, *Europees privaatrecht in wording*; *Naar een Ius Commune Europaeum als gemengd rechtsstelsel*, Antwerpen/Groningen, 1999, mit weiteren Literaturhinweisen.

² Dazu *Gerard-René de Groot/Hildegard Schneider*, *Europäisches Privatrecht*, Kapitel 15, in: *Albert Bleckmann* (Hg.), *Europarecht, Das Recht der Europäischen Union und der Europäischen Gemeinschaften*, 6. Auflage, Köln, 1997, S. 480–496.

³ Dazu u. a. *Gerard-René de Groot*, *European private law between Utopia and early Reality*, *Maas-tricht Journal of European and Comparative Law (MJECL)* 1997, S. 1–4.

⁴ Wie *Oliver Remien*, *Über den Stil des europäischen Privatrechts*, *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (RabelsZ)* 60 (1996), 8 treffend formuliert hat: „In das gewachsene Gebäude der nationalen Privatrechte wird hier und dort ein Stein aus Brüssel eingefügt“. Vgl. auch *Hein Kötz*, *Rechtsvereinheitlichung, Nutzen, Kosten, Methoden, Ziele*, *RabelsZ* 50 (1986), 5; siehe weiter *Gerard-René de Groot/Carlos Bollen*, *Verknoot het Europese recht ons Burgerlijk Wetboek? Voorstel wijziging bescherming derden te goeder trouw en wijziging verjaringsbepalingen*, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1995, S. 1–11.

⁵ ABLEG 1989 C 158/400, dazu *Hein Kötz*, in: *Peter-Christian Müller-Graff* (Hg.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden, 1993, S. 95; siehe auch C.E. Hauschka, *Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, *Juristenzeitung (JZ)* 1990, 21 und EG-Dok A 3-329/94, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW)* 1994, 612, dazu *W. Tilmann*, *Kodifikationen des Privatrechts in der Gemeinschaft*, *FS Helmrich* 1994, S. 437–449; *ders.*, *Zweiter Kodifikationsbeschluss des Europäischen Parlaments*, *ZEuP* 1995, 534–551.

⁶ Spannend ist dann selbstverständlich, was die rechtliche Grundlage im EG-Vertrag wäre, wenn die Europäische Union tatsächlich einen Kodex auf dem Gebiete des Zivilrechts zustande bringen würde. M. E. wäre Art. 95 EG-Vertrag als Grundlage zu wählen. Eine nächste Frage ist dann, ob das Instrument der Verordnung angemessen wäre oder eine Richtlinie ausreichen würde.

nicht nur positiv. Bekanntlich halten es manche Autoren für fraglich, ob eine europäische Kodifizierung des Zivilrechts möglich oder gar wünschenswert ist⁷.

In diesem Aufsatz sollen nicht die Argumente für oder gegen eine europäische Kodifikation des Zivilrechts diskutiert werden. Betont sei jedoch, dass die ganze Diskussion über die Frage, ob ein europäisches Zivilgesetzbuch möglich und wünschenswert ist, sich sehr stark – meiner Meinung nach sogar zu stark – auf das Vertragsrecht, das Recht der unerlaubten Handlungen und – mit Einschränkungen – auf bestimmte Bereiche des Sachenrechts konzentriert. Eine mögliche Vereinheitlichung des Familien- oder Erbrechts wird häufig sofort abgelehnt⁸ mit der Begründung, dass die Bestimmungen auf diesen Rechtsgebieten zu eng mit nationalen Traditionen und Kulturen verknüpft seien, mit unterschiedlichen Ansichten über das Leben und die Religion und mit Lebenserfahrungen im Allgemeinen⁹.

Es ist jedoch meines Erachtens zweifelhaft, ob im Zeitalter zunehmender Mobilität und Migration von Personen diese Argumente ausreichen, um innerhalb der Europäischen Union den „status quo“ von unterschiedlichen Familien- und Erbrechtssystemen nebeneinander, in Kombination mit sehr komplizierten Kollisionsnormen, die die Anwendbarkeit dieser Systeme bestimmen, zu handhaben. In diesem Aufsatz soll dies näher erörtert werden. Dabei werde ich mich auf das Familienrecht und verwandte Fragen des Personenrechts konzentrieren. Betont sei jedoch, dass ähnliche Bemerkungen auch für das Erbrecht gemacht werden könnten.

Zunächst ist daran zu erinnern, dass das europäische Gemeinschaftsrecht durchaus bereits Konsequenzen für das Personen- und Familienrecht hatte. Ein gewisser Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Familienrecht geht z. B.

⁷ J. Taupitz, *Europäische Privatrechtsvereinheitlichung heute und morgen*, Tübingen, 1993, S. 5 mit weiteren Nachweisen; W. C. L. van der Grinten, in: D. van Dijk, *Grensoverschrijdend privaatrecht*, Festschrift für Van Rijn van Alkemade, 1993, S. 109 ff.; Reiner Schulze, *Allgemeine Rechtsgrundsätze und europäisches Privatrecht*, ZEuP 1993, 442–474 mit einem Hinweis auf Savignys Kritik der Kodifikationsbestrebungen am Anfang des vorherigen Jahrhunderts. Siehe für eine Übersicht der pros und contras einer Vereinheitlichung auch Jan Smits (Fn. 2) 20–24.

⁸ Einer der ersten, der die Möglichkeit eines europäischen Familienrechts betonte, war Alfred Rieg, *L'harmonisation européenne du droit de famille: mythe ou réalité?* in: Walter A. Stoffel/Paul Volken, *Conflicts et harmonisation, Liber Amicorum A. E. von Overbeck*, Fribourg, 1990, S. 473–499.

⁹ Zu diesen Argumenten kritisch Gert Steenhoff, *Op weg naar een Europees familierecht*, Kapitel 1 in: M. V. Antokolskaia/W. A. de Hondt/G. J. W. Steenhoff, *Een zoektocht naar Europees familierecht*, Preadvies uitgebracht voor de Nederlandse vereniging voor rechtsvergelijking, Nr. 58, Deventer 1999, S. 3–9. In Kapitel 2 dieses Buches, *Geschiedenis van het familierecht: gelijke ontwikkeling*, zeigt Mascha Antokolskaia, wie das kanonische Recht des Mittelalters den ius commune-Hintergrund des Familienrechts der europäischen Staaten bildete, während dieselbe Autorin im dritten Kapitel *gemeinschaftliche Tendenzen* beschreibt, die die heutige Entwicklung des Familienrechts in den europäischen Staaten bestimmt. Ineke de Hondt beschreibt in dem gleichen Buch die zahlreichen Bestimmungen aus internationalen Abkommen, die den Kern des europäischen Familienrechts bilden.

eindeutig aus der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes im Falle Konstantinides aus dem Jahre 1993 hervor. Der Gerichtshof entschied¹⁰:

„Artikel 52 (nun Art. 43; GRdG) EWG-Vertrag ist dahin auszulegen, dass es gegen diese Vorschrift verstößt, wenn ein griechischer Staatsangehöriger durch die einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften gezwungen wird, bei der Ausübung seines Berufs eine solche Schreibweise seines Namens zu verwenden, dass dieser in seiner Aussprache verfälscht wird und die sich daraus ergebende Entstellung den Betroffenen der Gefahr einer Personenverwechslung bei seinen potentiellen Kunden aussetzt“.

Im Falle Konstantinides handelte es sich zwar lediglich um die Transliteration eines griechischen Namens in lateinische Buchstaben. Es ist aber offensichtlich, dass die Begründung der Entscheidung des Gerichtshofes zweifelsohne ebenfalls zutrifft für Fälle, in denen nicht die Buchstabierung eines Namens in Frage gestellt wird, sondern die Benutzung eines bestimmten Namens in einem anderen Mitgliedstaat. Es ist nicht schwierig sich vorzustellen, dass die im Detail sehr unterschiedlichen nationalen Namensregelungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union in Kombination mit den ebenfalls ziemlich unterschiedlichen Kollisionsnormen ohne Weiteres dazu führen können, dass Personen in einem Mitgliedstaat der Union einen anderen Namen zu führen haben als in einem anderen Mitgliedstaat. In Bezug auf Doppelstaatler kann es durchaus vorkommen, dass eine Person zwei Pässe mit unterschiedlichen Namen besitzt¹¹.

Wenn aber eine Person das Recht hat, in einem bestimmten Mitgliedstaat einen Namen zu führen, und dieses Recht in einem anderen Mitgliedstaat verneint wird, kann dies unter Umständen eine Verletzung der von den Art. 39 und 43 EG-Vertrag garantierten Freizügigkeitsrechte darstellen.

Es ist auch weiter nicht schwierig sich vorzustellen, dass unterschiedliche Antworten auf andere familienrechtliche Fragen (von unterschiedlichen Sachvorschriften oder von unterschiedlichen Kollisionsnormen verursacht) einen negativen Einfluss auf die Freizügigkeit von Personen in Europa haben können¹². Unterschiedliche Antworten bezüglich des Zivilstandes (ist eine Person verheiratet oder unverheiratet?), bezüglich der Anerkennung einer offiziell

¹⁰ EuGH 30.3.1993, Rs C-168/91, Slg. 1993, I-1214; weiter veröffentlicht in Common Market Law Review (CMLR) 1994, 395 – 412 (mit Anmerkung von R. Lawson). Siehe auch Jürgen Basedow, Konstantinides v. Bangemann oder die Familie im europäischen Gemeinschaftsrecht, ZEuP 1994, 197–199 und Walter Pintens, Der Fall Konstantinidis, ZEuP 1995, 89–104.

¹¹ Dazu Gerard-René de Groot, Europees recht en namenrecht, Het Personeel Statuut, Oktober 1993, S.5–9; ders., Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen waagt zich op het gebied van het namenrecht, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 1994 (Nr. 6161), S.855–857.

¹² Vergleiche dazu Dieter Martiny, Europäisches Familienrecht – Utopie oder Notwendigkeit?, RablsZ 59 (1995), 419–453, insbesondere S.430.

registrierten Partnerschaft¹³ oder – noch essentieller – auf die Frage, ob jemand männlich oder weiblich ist (man denke hierbei an der Problematik der juristischen Transsexualität)¹⁴, können meines Erachtens als indirekte Verletzung der Freizügigkeitsbestimmungen des EG-Vertrages qualifiziert werden. Obwohl der EG-Vertrag der Union keine direkten Befugnisse bezüglich des Familienrechts erteilt, kann deshalb eine Zuständigkeit der Union auf diesem Gebiete nicht völlig verneint werden. Ein gut funktionierender Binnenmarkt setzt eine fast unbegrenzte Freizügigkeit von Personen voraus.

Es ist eine schwierige, aber auch außerordentlich wichtige Frage, inwieweit die Konflikte zwischen unterschiedlichen Lösungen in Bezug auf (Familien-) Namen, Zivilstand oder Geschlecht einer Person durch traditionelle Kollisionsnormen gelöst werden können. Meines Erachtens können wir jedenfalls feststellen, dass zur Zeit in einer beachtlichen Anzahl von Fällen die Konflikt-normen der Mitgliedstaaten keine befriedigenden Lösungen bieten. Diese These soll anhand eines relativ einfachen Beispiels erläutert werden:

Ein Niederländer heiratet in Deutschland eine deutsche Staatsangehörige. Aus dieser Ehe wird ein Kind in Deutschland und ein weiteres Kind in den Niederlanden geboren. Der Niederländer heißt – jedenfalls vor der Eheschließung – Hans Meier, die deutsche Ehepartnerin heißt Eva Gräfin von Hohenberg. Welche Namen haben die betreffenden Personen nach der Eheschließung bzw. im Moment der Geburt?

In unserem Beispiel werden die Ehegatten unter anderem mit den Möglichkeiten des Art. 10 EGBGB konfrontiert. Gemäß Abs. 1 dieser Norm ist zur Bestimmung des Namens das Heimatrecht jedes Ehegatten anzuwenden. Abs. 2 erlaubt jedoch, dass die Ehegatten für die Anwendung deutschen Rechts optieren. Da die Ehefrau deutsche Staatsangehörige ist, folgt dies bereits aus Abs. 2 Nr. 1. Eine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts ist jedoch aufgrund des Abs. 2 Nr. 2 sogar dann möglich, wenn beide Ehegatten niederländische Staatsangehörige wären, mindestens einer von ihnen jedoch seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Wenn die Ehegatten eine solche Rechtswahl vornehmen, ist gemäß Art. 1355 Abs. 1 BGB die Wahl eines gemeinsamen Familiennamens möglich. Gewählt werden können der Geburtsname der Frau oder der des Mannes. Unterstellen wir einmal, dass die Beteiligten in unserem Beispiel emanzipiert denken und handeln und den schönen Familiennamen der Frau wählen. Der niederländische Ehemann erwirbt dann nach deutschem Recht den Namen seiner Frau und auch die Kin-

¹³ Dazu *Caroline Forder*, Civil Law Aspects of emerging forms of Registered Partnership, Report for the Council of Europe 1999 und *Gerard René de Groot*, Registered partnership and other forms of cohabitation, general report for the 5th Conference of European Family Law, organised by the Council of Europe 1999.

¹⁴ Dazu u. a. *L. Zwaak*, De rechten van de transsexueel: het arrest van het Europese Hof van de Rechten van de Mens in de Rees-zaak, Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten (NJCM)-Bulletin 1987, S. 545–559.

der des Ehepaars erwerben diesen Namen. Der Familienname des Mannes lautet deshalb fortan: Graf von Hohenberg, da ja bekanntlich in Deutschland die von der Weimarer Verfassung abgeschaffte, aber als Teil des Familiennamens versteinerten Adelsbezeichnungen je nach Geschlecht des Berechtigten in männlicher oder weiblicher Form geführt werden¹⁵. Der Familienname der Kinder ist Graf von Hohenberg beziehungsweise Gräfin von Hohenberg.

Wird dies nach niederländischem Recht anerkannt? Das niederländische internationale Namensrecht knüpft – wie das deutsche IPR – an die Staatsangehörigkeit an. Im Falle einer doppelten Staatsangehörigkeit ist grundsätzlich die effektive Staatsangehörigkeit maßgebend. Ist jedoch eine der Staatsangehörigkeiten die niederländische, dann geht diese vor und deshalb ist niederländisches Recht anwendbar. In unserem Falle ist der Name des Mannes daher grundsätzlich nach niederländischem Recht zu ermitteln, der Name der Frau jedoch nach deutschem Recht. Die Kinder dieses Ehepaars sind Doppelstaatler, von ihrer Mutter leiten sie gemäß § 4 des deutschen Staatsangehörigkeitsgesetzes die deutsche Staatsangehörigkeit ab, von ihrem Vater aufgrund des Art. 3 Abs. 1 Rijkswet op het Nederlanderschap die niederländische. Nach niederländischem internationalem Namensrecht ist der Name der Kinder dann unter Anwendung des niederländischen Rechts zu bestimmen.

Die internationalprivatrechtliche Lage ist jedoch noch nicht hoffnungslos. Nach niederländischem IPR werden im Ausland erworbene Namen als ‚fait accompli‘ (feststehende Tatsache) unter bestimmten Voraussetzungen akzeptiert. Dies geht seit dem 15. Februar 1999 aus Art. 5 a Wet conflictenrecht namen (Namenskollisionsgesetz) hervor¹⁶. Ein im Ausland erworbener Name wird anerkannt, wenn dieser in einer Geburtsurkunde beurkundet worden ist oder sich anlässlich der Änderung des ‚persönlichen Standes‘ (‚persoonlijke staat‘) geändert hat¹⁷. Bei der Änderung des Familiennamens anlässlich einer Eheschließung im Ausland dürfte diese Voraussetzung erfüllt sein. Auch der Name des in Deutschland geborenen ältesten Kindes wird in den Niederlanden aufgrund des Art. 5 a anerkannt. Problematisch ist dann die Feststellung des Namens des später in den Niederlanden geborenen zweiten Kindes. Diese Feststellung geschieht anhand des niederländischen Rechts. Seit dem 1. Januar 1998 kennt auch das niederländische Recht für Kinder die Möglichkeit, zwischen dem Familiennamen der Mutter oder dem des Vaters zu wählen¹⁸. Alle Kinder dergleichen Eltern tragen jedoch prinzipiell den gleichen Famili-

¹⁵ Siehe *Reichsgericht* (RG) 10.3.1926, RGZ 113, 107 ff.

¹⁶ Art. 5 a wurde eingefügt durch Gesetz vom 24. Dezember 1998, Staatsblad 1999, 2.

¹⁷ Betont werden muß, dass der niederländische Begriff ‚persoonlijke staat‘ nicht als ‚Zivilstand‘ übersetzt werden darf. ‚Zivilstand‘ wäre auf niederländisch ‚burgerlijke staat‘. Der Begriff ‚persoonlijke staat‘ ist wohl weiter und umfasst auch Fakten wie Anerkennung, gerichtliche Feststellung der Vaterschaft, Verneinung der Vaterschaft und Adoption.

¹⁸ Dazu u. a. *Gerard-René de Groot/Annemette Haase*, Entwicklungen im niederländischen Familienrecht, *Zeitschrift für Standesamtwesen* (StAZ) 1998, 165–170.

ennamen, so bestimmt es Art. 5 Abs. 7 Burgerlijk Wetboek. Das zweite in den Niederlanden geborene Kind erwirbt also den gleichen Namen wie sein(e) in Deutschland geborene(r) Bruder oder Schwester.

Insoweit scheinen keine Probleme aufzutauchen. Es besteht aber noch kein Anlass zu jubeln. In den Niederlanden gibt es noch immer Adelsrecht. Ein Niederländer darf in den Niederlanden nur Adelstitel oder Adelsprädikate führen, wenn dies aufgrund des niederländischen Adelsrechts gestattet ist. Heißt der ehemalige Hans Meier deshalb nun ‚Hans Graf von Hohenberg‘ oder lediglich ‚Hans von Hohenberg‘¹⁹? Zwei Auffassungen sind vertretbar: Man könnte vertreten, dass der versteinerte Adelstitel nicht in den Niederlanden geführt werden darf, da die niederländischen adelsrechtlichen Regelungen als Eingriffsnormen zu beachten sind, beziehungsweise dass eine Eintragung des versteinerten Adelstitels gegen die im Adelsrecht manifestierte öffentliche Ordnung verstoßen würde. Diese Folgerung trifft dann selbstverständlich nicht nur für den Ehemann, sondern auch für die Kinder zu. Eine zweite Möglichkeit wäre, dass der versteinerte Adelstitel schlicht und einfach kein Adel ist und deshalb eintragungsfähig, aber lediglich in der in Deutschland festgestellten Weise. Hans Meier ist dann tatsächlich Hans Graf von Hohenberg geworden, aber nicht Hans Graaf von Hohenberg, da er nicht berechtigt ist, den niederländischen Adelstitel ‚Graaf‘ zu führen. Dass dies für Laien verwirrend wäre, ist offensichtlich²⁰. Aber man muss schon zugeben, dass vieles im juristischen Leben für Laien nicht ganz nachvollziehbar ist. Diese zweite Möglichkeit führt jedoch zu einer überraschenden Konsequenz. Wenn wir unterstellen, dass das älteste Kind ein Mädchen ist, lautet ihr Familienname nach deutschem Recht ‚Gräfin von Hohenberg‘. Wenn nun das zweite in den Niederlanden geborene Kind ein Junge ist, erwirbt dieser den gleichen Familiennamen wie die ältere Schwester, deshalb ‚Gräfin von Hohenberg‘. Dies ist nicht nur verwirrend, sondern erregt die Lachmuskulatur. Das niederländische Namensrecht kennt aber keine Möglichkeit, um Bestandteile eines Familiennamens dem Geschlecht des Berechtigten anzupassen: Wie in Deutschland wird Steffi Graf keine „Gräfin“ und kann in unserem Falle „Gräfin“ in einem bürgerlichen Namen nicht zu „Graf“ werden. Eine solche Anpassung gibt es in den Niederlanden lediglich im Adelsrecht.

Für Spezialisten sind Fälle wie diese wunderschön. Die betroffenen Personen werden sich jedoch, wenn sie nicht gerade Professoren für Internationales Privatrecht sind, als Opfer eines komplizierten Systems empfinden²¹. Betont sei, dass dies mit dadurch verursacht wird, dass die Kollisionsnormen immer komplizierter und auch die Fälle aus internationalprivatrechtlicher

¹⁹ Das ‚von‘ hat in den Niederlanden keine adelsrechtliche Bedeutung.

²⁰ Vergleiche die Problematik erörtert von Gerard-René de Groot, Einige Bemerkungen über das niederländische Adelsprädikat Jonkheer, StAZ 1974, 103 f.

²¹ Vergleiche Gert Steenhoff (Fn. 10) 11, 12.

Sicht immer schwieriger werden, da es durch die Entwicklungen im Staatsangehörigkeitsrecht in den letzten drei Jahrzehnten immer häufiger vorkommt, dass Personen Mehrstaatler sind und im übrigen auch zunehmend tatsächliche enge Beziehungen zu mehreren Jurisdiktionen haben. Diese sehr komplexen und nuancierten Kollisionsnormen führen jedoch für die Betroffenen zu überraschenden und oft wenig befriedigenden Ergebnissen. Das Kollisionsrecht wird für Laien, aber auch für viele Juristen mehr und mehr zu einem Glasperlenspiel, dessen endgültiges Ergebnis wegen der Undurchsichtigkeit der anwendbaren Spielregeln als reiner Zufall betrachtet wird.

Sollte man deshalb nicht ernsthaft über eine Vereinheitlichung des Personen- und Familienrechts nachdenken, um Fälle wie den eben Beschriebenen zu vermeiden? Zugegeben sei, dass auf dem Gebiet des Personen- und Familienrechts alle Argumente, die gegen eine Vereinheitlichung des Zivilrechts sprechen, wohl a fortiori (desto stärker) gelten. Hinzu kommt noch, dass zwei Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf dem Gebiete des Familienrechts keine völlige Rechtsvereinheitlichung kennen: Großbritannien und Spanien²². Es wird deshalb gewiss nicht einfach – und vielleicht sogar nicht wünschenswert – sein, zu erreichen, dass für alle Menschen von Schweden bis Sizilien das gleiche Familienrecht gilt²³.

Sollte man deshalb die erwähnten Probleme doch lediglich durch eine Harmonisierung oder Vereinheitlichung des Kollisionsrechts zu lösen versuchen? Wir können feststellen, dass auf der Grundlage des neuen, vom Amsterdamer Vertrag eingefügten Art. 65 EG-Vertrag tatsächlich Versuche unternommen werden, das Kollisionsrecht der Mitgliedstaaten der Europäischen Union auf mehreren Teilbereichen durch Verordnungen zu vereinheitlichen. Leider müssen wir dabei jedoch realisieren, dass vereinheitlichtes Kollisionsrecht im allgemeinen komplizierte Verweisungsregeln verursacht, da die betreffenden Normen ja häufig das Ergebnis von Kompromissen sind. Aber gerade das Anwenden von komplizierten Kollisionsnormen auf komplexe Sachverhalte führt zu Gefühlen der Rechtsunsicherheit bei den Betroffenen. Komplizierte Regeln können meines Erachtens nur akzeptiert werden, wenn sie ausgeglichen werden durch die Möglichkeit, durch Rechtswahl selbst das anwendbare Recht zu bestimmen.

So sind die vagen, recht komplizierten Kollisionsnormen des Römischen Vertragsrechtsübereinkommens²⁴ lediglich akzeptabel aufgrund der Tatsache, dass Art. 3 des Abkommens von der Willensautonomie der Parteien ausgeht.

²² In Spanien müssen in gewissen Teilen des Familienrechts (z.B. im Ehegüterrecht) die ‚derechos forales‘ (Foralrecht) beachtet werden.

²³ Vergleiche Hein Kötz, *RabelsZ* 50 (1986), 1–86 und *RabelsZ* 56 (1992), 215–218; dazu Gert Steinhoff (Fn. 10) S. 10.

²⁴ Römisches Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 19. Juni 1980, *Bundesgesetzblatt (BGBl.)* 1980 II, 810 ff.

Auch für die Gebiete des Personen- und Familienrechts möchte ich deshalb befürworten, im Kollisionsrecht die Willensautonomie der Betroffenen als Ausgangspunkt zu nehmen. Wenn man über diesen Ausgangspunkt nachdenkt, müssen aber mehrere Fragen gestellt und beantwortet werden. Bestimmt werden muss selbstverständlich, wer wählen darf und zu welchem Zeitpunkt eine Rechtswahl möglich ist. Auch die Bindungswirkung einer vorgenommenen Rechtswahl muss genauestens bestimmt werden. Im Rahmen dieses Aufsatzes können diese Punkte nicht ausgearbeitet werden. Es ist aber offensichtlich, dass es vom jeweiligen Teilrechtsgebiet des Personen- und Familienrechts abhängen wird, ob jemand alleine eine Rechtswahl treffen darf, oder lediglich mehrere Personen zusammen eine Rechtswahl vornehmen können. Auch die Bindungswirkung wird von Rechtsgebiet zu Rechtsgebiet unterschiedlich sein müssen.

An dieser Stelle soll nur eine weitere Frage etwas vertieft werden: Sollte wie im Römischen Vertragsrechtsabkommen eine völlig freie Rechtswahl gestattet sein, oder sollte lediglich eine Rechtswahl zwischen Rechtssystemen, mit denen schon gewisse Anknüpfungspunkte bestehen, gestattet werden? Und wenn man letztere Möglichkeit bejahen möchte, ist als nächstes die Frage zu beantworten, welche Anknüpfungspunkte dann ausreichen sollen? Um personen- und familienrechtliche Probleme im Falle der Migration tatsächlich erheblich zu reduzieren, sollte man im Personen- und Familienrecht im Prinzip zumindest eine Rechtswahl zugunsten von Rechtssystemen, mit denen durch die heutige oder frühere Staatsangehörigkeit oder durch den heutigen oder früheren Wohnsitz Anknüpfungspunkte bestehen, zulassen.

Jedenfalls innerhalb der Europäischen Union²⁵ könnte man sich überlegen, bei der Gestattung einer Rechtswahl sogar einen weiteren Schritt zu machen. Weshalb sollten wir nicht im Prinzip völliges Vertrauen haben in die Regeln des Personen- und Familienrechts der anderen Mitgliedstaaten, beziehungsweise deren Rechtssystemen „full faith and credit“²⁶ geben? Als Manifestierung dieses Vertrauens könnte man zusätzlich eine Rechtswahl zugunsten eines Rechtssystems eines Mitgliedstaates gestatten, sogar wenn im Übrigen keine Anknüpfungspunkte mit diesem Staat bestehen.

Eine erhebliche Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeiten im Personen- und Familienrecht wäre übrigens nicht völlig revolutionär. Oben wurde bereits darauf hingewiesen, dass im niederländischen internationalen Namens-

²⁵ Vielleicht aber auch innerhalb des Europarates, da der Europarat gerade im Familienrecht recht aktiv ist. Siehe Dieter Martiny (Fn. 13) 437, 438. Weiter arbeitet der Europarat auch zusammen mit der Internationalen Kommission für das Zivilstandswesen (CIEC: Commission Internationale de l'Etat Civil), die auf dem Gebiete des Personenrechts mehrere internationale Abkommen zustande gebracht hat. Vgl. dazu Wendy Schrama, De betekenis van het EVRM voor de burgerlijke stand in de lidstaten van de CIEC, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 1998, 222-234.

²⁶ Vergleiche in den Vereinigten Staaten die *Restatement of the Law Conflict of Law Second*, ad Par. 2 und Par. 103.

recht unter bestimmten Voraussetzungen im Ausland vorgenommene Namensfeststellungen und -änderungen als ‚fait accompli‘ anerkannt werden. Zwar handelt es sich in solchen Fällen nicht um eine Rechtswahl, aber das Ergebnis ist wohl die Anerkennung der Ergebnisse ausländischer Rechtsnormen in Fällen, in denen nach niederländischem IPR die betreffenden Normen nicht anwendbar wären²⁷.

Selbstverständlich ist ein eindeutiges Argument gegen eine großzügige Rechtswahlmöglichkeit, dass Gesetzesumgehungen (*fraus legis*) drohen. Ich bin aber davon überzeugt, dass diese Gefahr nicht allzu groß ist. Alle Familiensrechtssysteme der Mitgliedstaaten müssen die Kriterien der Europäischen Menschenrechtskonvention, insbesondere die Artt. 8 (Achtung des Privat- und Familienlebens), 12 (Eheschließungsfreiheit) und 14 (u. a. Verbot der Diskriminierung aufgrund nichtehelicher Geburt) jener Konvention erfüllen. Viele Regeln sind allmählich auf der Basis dieser Artikel entwickelt worden: ‚almost a whole code of family law‘. Genau deswegen ist ‚full faith and credit‘ für das Familienrecht anderer europäischer Staaten angemessen. Ein zusätzlicher Grund für diese ‚full faith and credit‘-Haltung ist die ‚nagelneue‘ Rechtsverordnung über die Zuständigkeit in Familiensachen²⁸.

Eine weitere Frage ist, welche Regeln genau anwendbar sind, wenn eine Rechtswahl zugunsten eines bestimmten Rechtssystems gemacht worden ist? Mit dieser Frage berühre ich die Problematik der so genannten Eingriffsnormen (*voorrangsregels*, *special mandatory rules*). Es besteht eine eindeutige Beziehung zwischen der Bereitschaft, eine Rechtswahl zuzulassen, und der Problematik der Eingriffsnormen. Diese Beziehung kann anhand eines Beispiels aus dem internationalen Gesellschaftsrecht erläutert werden. Im internationalen Gesellschaftsrecht stehen traditionell Staaten, die die Sitztheorie als Ausgangspunkt nehmen, Staaten gegenüber, die der Gründungstheorie folgen. Die Niederlande ist einer der Staaten, die die Gründungstheorie vertreten. Die Gründungstheorie hat gewisse Aspekte mit einer Rechtswahlmöglichkeit gemein; dadurch dass eine nach ausländischem Recht gegründete Gesellschaft anerkannt wird, besteht die Möglichkeit, durch eine Gründung im Ausland ein ausländisches Gesellschaftsstatut zu ‚wählen‘. Die Suppe der Gründungstheorie wird aber keineswegs so heiß gegessen wie sie auf den

²⁷ Auch in dem beim niederländischen Parlament anhängigen Entwurf eines Abstammungskollisionsrecht wird in den Art. 9 und 10 dieser „fait accompli“ Konstruktion gefolgt: Siehe dazu *Gerard-René de Groot*, *Wetsvoorstel conflictenrecht afstamming*, in: *De familie geregeld*, Preadviezen Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie, 2000, S. 185–228.

²⁸ Verordnung 1347/2000 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung für die gemeinsamen Kinder der Ehegatten, ABl. EG 2000 L 160, 19 vom 30. Juni 2000, in Kraft seit dem 1. März 2001. Siehe StAZ 2001, 45–53.

Tisch kommt, da viele Bestimmungen des Gesellschaftsrechts, etwa die der Mitbestimmung der Arbeitnehmer, als Eingriffsnormen qualifiziert werden²⁹.

Dieses Beispiel zeigt, dass bei einer Rechtswahl zugunsten von ausländischem Recht immer genau zu überprüfen ist, welche Normen des ausländischen Rechts anwendbar sind und welche Normen des eigenen Rechts als Eingriffsnormen vorgehen. Eine genaue Bestandsaufnahme der Eingriffsnormen auf dem Gebiete des Familienrechts in den unterschiedlichen Staaten der Europäischen Union ist deshalb empfehlenswert, wenn man den eben vorgeschlagenen Weg der Erweiterung der Rechtswahlmöglichkeit im Familienrecht gehen möchte. Entsprechende Forschungsprojekte sollten gefördert werden³⁰.

Wenn man aber diesen Weg geht, ist noch ein weiterer Schritt denkbar, der uns in die Richtung einer Zwischenlösung zwischen Rechtsvereinheitlichung und Vereinheitlichung des Kollisionsrechts führen könnte. Es wurde bereits angedeutet, dass eine Vereinheitlichung des Familienrechts in Europa unrealistisch sei. Denkbar wäre meines Erachtens aber ein optional anwendbares europäisches Familienrecht, das heißt eine europäische Regelung des Familienrechts, deren Bestimmungen nur dann anzuwenden sind, wenn für die Anwendbarkeit dieses Rechtes ausdrücklich im Rahmen einer Rechtswahl optiert wird. Diese wäre eine attraktive Zwischenlösung zwischen Rechtsvereinheitlichung und Vereinheitlichung des Kollisionsrechts. Man müsste dann selbstverständlich entscheiden, ob eine solche Rechtswahl nur in Fällen mit Auslandsbezug oder auch in rein nationalen Fällen gestattet wäre³¹. Selbstverständlich könnte man zunächst mit den auslandsbezogenen Fällen anfangen und später die Rechtswahlmöglichkeit erweitern³².

Es ist offensichtlich, dass ein solches optional anwendbares europäisches Familienrecht, z.B. in der Gestalt eines europäischen Familiengesetzbuches, eine sehr inspirierende Wirkung haben würde für die Gesetzgeber in den Mit-

²⁹ Siehe *Stephan Rammeloo*, *Corporations in private international law. A European perspective*, Oxford/New York, 2001, S. 102–112.

³⁰ Übrigens sind auch Projekte, die darauf zielen, ein Restatement des europäischen Familienrechts auszuarbeiten, selbstverständlich sehr empfehlenswert. Siehe *Dieter Martiny* (Fn. 13) 452. Aufgrund einer solchen Bestandsaufnahme können Gemeinsamkeiten herausgearbeitet und systematisiert werden. Wichtig ist aber auch, Unterschiede zu inventarisieren und dabei zu erwähnen, welche Unterschiede nach Ansicht eines Staates so wesentlich sind, dass bestimmte Normen als Eingriffsnormen qualifiziert werden. Siehe über ein Restatement des europäischen Familienrechts auch *Katharina Boele-Woelki*, *The road towards a European family law*, vol. 1.1 *Electronic Journal of Comparative Law* (November 1997) (<http://law.kub.nl/ejcl/11/art11-1.html>) und sehr detailliert *Gert Steenhoff* (Fn. 10) 21–23.

³¹ Dazu *Gerard-René de Groot*, *Op weg naar een Europees personen- en familierecht*, *Ars Aequi* 1995, 29–33.

³² Auch käme die Anwendung dieses Rechts in Betracht, falls das primär anwendbare Recht nicht ermittelt werden kann: siehe *Katharina Boele-Woelki*, *De toepassing van een surrogaatrecht*, in: G.E. Schmidt/J. A. Freedberg-Schwartzburg (Hg.), *Het NIPR geanoteerd*, 's Gravenhage, 1996, S. 3–12.

gliedstaaten, wenn sie Teile des Familienrechts reformieren möchten. Sie wären aber nicht dazu verpflichtet, dem europäischen Beispiel zu folgen³³.

Positiv ist weiter, dass das Ausarbeiten und die ständige Aktualisierung eines europäischen Familiengesetzbuches eine intensive Zusammenarbeit von den Spezialisten auf dem Gebiete des Familienrechts in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten voraussetzt. Diese Zusammenarbeit ist außerordentlich wichtig, nicht nur aus praktischen, sondern auch aus wissenschaftlichen Gründen.

³³ Vergleiche die Gedanken eines freien Wettbewerbs zwischen nationalen Normen, wie befürwortet von Jan Smits, (Fn.2) 74–84.

aufgespießt

„My friends in the legal profession like to remind me of a comment by a British judge on the difference between lawyers and professors: „It is very simple,“ said Lord Denning, „the function of lawyers is to find a solution to every difficulty presented to them; whereas the function of professors is to find a difficulty with every solution.“ Today, the number of difficulties seem to be outpacing the number of solutions – either because my lawyer friends are not working hard enough, or because there are too many professors in government.“

Quelle: Henry A. Kissinger, Ansprache bei der Jahrestagung der American Bar Association in Montreal am 11. August 1975)